DAS
VERMÄCHTNIS DES NIESSBRAUCHS
AN EINEM ERWERBSGESCHÄFTE.

INAUGURAL-DISSERTATION

EINER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

LANDESUNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

JOHANN MATTHIAS VORBECK

REFERENDAR

IN GREVESMÜHLEN.

ROSTOCK.

CARL BOLDT'SCHE HOFBUCHDRUCKEREI.

1903.

Seinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552724_0086

Benutzte Literatur.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes, 1. 1896.
Bekker, System des heutigen Pandekten-Rechts, I. (1886), II. (1889).
Bernhöft, in Birkmeyer's Encyclopädie.
Binder, Rechtsstellung des Erben, I., II. 1901, 1. Aufl.
Birkmeyer, Über das Vermögen im jur. Sinne.
Böhm, BGB. 1900, Erbrecht.
Brinz, Pandekten.
Cosack, BGB. 3. Aufl. 1900/1901.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Aufl. 1898.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1900.
Dernburg, Preussisches Privatrecht, Band I. 1875, Band III. 1880.
Dernburg, Pandekten 1 u. 3 1894, 4. Aufl.
Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, 1898.
Endemann, Lehrbuch des deutschen Handels-, Wechsel- und Seerechtes.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 4. Aufl. 1898.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch zum BGB., 8. Aufl. 1900.
Entwurf I. zum BGB.
Fischer-Henle, Handausgabe zum BGB., 3. Aufl.
Förster-Eccius, Pr. Privatrecht, IV.
Frommhold, Erbrecht, III. 1900.
Goldmann, HGB. Bd. I 1901.
Goldschmidt, HGB. Bd. I Abt. 1, 3. Aufl. 1891, Abt. 2, 1868.
Hahn, Kommentar zum HGB. 1.
Haidlen, BGB. nebst EG. mit Motiven, Bd. II. u. IV.
Hanausek, Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch.
Hölder, HGB. Allgemeiner Teil.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte I, 1885.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II.
Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB., 1899.
Makower, HGB. I.

Matthiass, Bürgerliches Recht 3. u. 4. Aufl. 1900.
Meisner, Kommentar zum BGB. III.
Motive zum BGB. V.
Mugdan, Materialien zum BGB. III.
Neumann, Handausgabe zum BGB. II, 2. Aufl.
Peiser, Handbuch des Testamentrechtes, 1902.
Pernice, Kritische V. J. S. XXII., § 251.
Planck, Bürgerliches Recht 1. u. 2. Aufl. 1901/02.
Regelsberger, Pandekten I., 1893.
Savigny, System I. u. II. des heutigen römischen Rechts.
Scherer, Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches, Sachenrecht, 1899.
Seuffert's, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Neue Folge, Bd. XV.
Staub, HGB. Bd. I, 6. u. 7. Aufl. 1900.
Strauss, Niessbrauch mit einem Vermögen, 1902.
Strohal, Deutsches Erbrecht, 2. Aufl.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes III., 1891.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, bearbeitet von Dr. Th. Kipp, 8. Aufl. 1901.

Plan.

Das Vermächtnis des Niessbrauchs an einem Erwerbsgeschäfte.

I. Rechtsfolge beim Vermächtnis.
   A. Übergang des Gegenstandes des Vermächtnisses auf den Erben.
   B. Forderungsrecht der Witwe auf Bestellung des Niessbrauches.

II. Wie gestaltet sich der Übergang des Erwerbsgeschäftes auf den Erben?
   A. Gehören zum Vermögensbegriff des BGB. und HGB. nur rechtliche oder auch tatsächliche Beziehungen?
   B. Gehören zum Vermögensbegriff des BGB. und HGB. nur die Aktiva oder auch die Passiva?
      1. Ansichten auf Grund des älteren Rechtes.
         a. Birkmeyer's Ansicht hinsichtlich einer 12-Tafel-Stelle und ihre Widerlegung.
         b. Beweis aus dem corpus juris.
         c. Ansicht der Glossatoren.
         d. Ältere und neuere gemeinrechtliche Lehre.
      2. Ansichten auf Grund des heutigen Rechtes.
         a. Der Sprachgebrauch.
         b. Die Motive zum BGB.
         c. Der erste Entwurf.
         d. Das BGB.

III. Wie gestaltet sich der vermachte Niessbrauch
   1. Wenn der Erblasser unter Erwerbsgeschäft den gesamten Nachlass versteht?
      A. Als Einsetzung der Witwe als Vorerbin, des Erben als Nacherben?
      B. Als Einräumung des Niessbrauches am Nachlass?
   2. Wenn der Erblasser bei dem Vermächtnis das Sondervermögen des Erwerbsgeschäftes im Auge hat?
      A. Anwendung der Vorschriften über den Niessbrauch am Gesamtvermögen (BGB. §§ 1085 ff.).

B. Der Niessbrauch ist am Handelsgeschäft als Ganzem vermacht.

a) Ist das so möglich, dass der Niessbrauch an dem Sondervermögen als Einheit bestellt wird und besteht?

β) Kann man die wirtschaftliche Einheit des Geschäftes durch Auslegung der Vermächtnisverfügung erhalten?

1. 1. Welches ist darnach der Umfang des Niessbrauchsobjektes und wie gestaltet sich die Verpflichtung des Erben zur Bestellung?
2. 2. Woran haftet das Niessbrauchsrecht?
3. 3. Wie werden die Nutzungen gezogen?
4. 4. Durch wen wird das Geschäft fortgeführt?
5. 5. Als was stellt sich die Verwaltung des durch die Vermächtnisnehmerin fortgeführten Handels-Geschäfts dar?

„Vermächtnisse, welche den Niessbrauch an einer Erbschaft oder einem Bruchteil derselben zubilligen, z. B. zu Gunsten des Ehegatten, sind nicht selten", sagt Dernburg in seinem „Bürgerlichen Recht III S. 537". Dass die Erbschaft in einem Erwerbs- oder Handelsgeschäft besteht, ist sehr leicht als im praktischen Leben vorkommend zu denken.

Wie sich nun ein solcher an einer in einem Handelsgeschäfte bestehenden Erbschaft vermachter Niessbrauch gestaltet, soll Gegenstand dieser Abhandlung sein.

Bei der folgenden Beantwortung der Frage werden wir auf die Absichten der Parteien, die sich besonders in der Richtung der im praktischen bürgerlichen Leben herrschenden Auffassungen bewegen, einzugehen haben und hieraus Aufschlüsse über die rechtliche Regelung zu gewinnen suchen. Deshalb sei es gestattet, das Thema kurz im Gewande eines praktischen Falles vorzutragen.

Ein Erblasser möchte seinem Bruder und durch ihn dessen Kindern sein Handelsgeschäft, worin einzig und allein sein Vermögen besteht, hinterlassen; gleichzeitig will er aber seine Witwe bis zu ihrem Tode versorgt wissen, ohne dass auch ihren Verwandten etwas durch sie zufiele. Um dieses zu erreichen, setzt er seinen Bruder zum Erben ein und bestellt durch Vermächtnis seiner Witwe den Niessbrauch an seinem Erwerbsgeschäft. Er stirbt; der Erbe nimmt die Erbschaft, die Witwe das Vermächtnis an. Sie geraten wegen ihrer verschiedenen Auffassung von der Gestaltung des Niessbrauches in Streit.

I. Um die Frage der Gestaltung des Vermächtnisses des Niessbrauchs an einem Erwerbsgeschäfte entscheiden zu können, wird man gut tun, sich zunächst die Rechtslage beim Vermächtnis im allgemeinen zu vergegenwärtigen.

Nach § 1939 BGB. ist das Vermächtnis die letztwillige Zuwendung eines Vermögensvorteils an einen andern ohne dessen Erbeseinsetzung.

Man hat demnach naturgemäss zwei Personen zu unterscheiden, den mit dem Vermächtnis Belasteten und den Bedachten.

Abweichend vom römischen Recht, aber übereinstimmend mit allen neueren Rechten, ist nach dem BGB. die Rechtsbeständigkeit des Vermächtnisses unabhängig von dem Erwerbe durch die Person des eingesetzten Erben und dem Grunde des Erwerbes der Erbschaft.

Das Vermächtnis gilt als eine Belastung der dem Beschwerten gemachten Zuwendung.

Der Gegenstand des Vermächtnisses fällt als Bestandteil der Erbschaft nach § 1942 BGB. unmittelbar mit dem Erbfalle an den berufenen Erben. Schlägt dieser die Erbschaft aus, was ihm bis zur Annahme oder bis zum Verstreichen der Ausschlagungsfrist gestattet ist, so fällt das Vermächtnis nach § 2161 BGB. demjenigen zur Last, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommt.

Nimmt aber der Beschwerte die Erbschaft an oder versäumt er die Ausschlagungsfrist, so konzentriert sich das dem Vermächtnisnehmer mit dem Erbfalle erwachsene Recht auf seine Person. Das Vermächtnis bewirkt aber niemals den unmittelbaren Übergang des vermachten Rechtes auf den Vermächtnisnehmer, wie das römisch-rechtliche Vindikationslegat, sondern gibt dem Vermächtnisnehmer nur ein Forderungsrecht gegen den Erben auf Leistung der vermachten Gegenstände. Er kann dieselben nur erlangen, indem der Erbe sie ihm ausantwortet, z. B. ihm das Grundstück auflässt.

II. Im vorliegenden Falle bildet den Gegenstand des Vermächtnisses der Niessbrauch an dem in der Erbschaft befindlichen Erwerbsgeschäft. Wir müssen also nach dem über die rechtliche Wirkung des Vermächtnisses nach heutigem Recht Gesagten feststellen, was ein solches Erwerbsgeschäft ist, was zu ihm gehört und wie sich der Übergang des Erwerbsgeschäftes auf den Erben gestaltet.

Unter Erwerbsgeschäft kann man die auf den Erwerb irgend welcher Art gerichtete erwerbende Tätigkeit eines Individuums verstehen. Diese steht hier nicht in Frage.

Erwerbsgeschäft in dem hierher gehörigen Sinne bedeutet vielmehr eine Vermögensmasse, die durch ihre Beziehung zu der erwerbenden Tätigkeit ihres Subjektes zu einem aus dem Gesamtvermögen dieses Subjektes ausgeschiedenen Sondervermögen vereinigt ist. Ein besonders ausgebildeter Typus des Erwerbsgeschäftes ist das Handelsgeschäft. Die allgemeinen Erscheinungen, die uns am Erwerbsgeschäfte interessieren, werden sich gerade auch beim Handelsgeschäfte finden. Wir können daher im Folgenden mit diesem operieren.

Die Wissenschaft fasst das Handelsgeschäft im weiteren Sinne „als den Komplex alles dessen, was zum Betriebe des betreffenden Handelsgewerbes gehört", auf. (Staub § 22 1. a. β.) Es setzt sich zusammen aus Aktivis und Passivis.

Zu den Aktivis gehören einerseits die körperlichen Sachen, die den Zwecken des Handelsgewerbes unmittelbar zu dienen bestimmt sind, sei es durch ihren Gebrauch oder Verbrauch, wie z. B. ein Fabrikgrundstück, Handelsbücher, Utensilien, sei es, dass der Kaufmann in ihnen Handel treibt, so Waren und Wertpapiere. (Lehmann-Ring zu § 25 2 a.) Ferner ausser den Patent-, Urheberrechten, Rechten auf Firma und Warenzeichen die Geschäftsforderungen.

Andererseits sind aber auch Bestandteil des Handels-

geschäftes die sogenannten Chancen. Es sind dieses „tatsächliche Beziehungen, die den Geschäftsbetrieb ermöglichen und fördern", wie Kundschaft, Ruf, Renommee, Kredit, Geschäftsgeheimnisse und Geschäftsalter. Siehe Cosack zu § 14, Behrend § 37 S. 203, Makower zu § 22, Goldmann S. 89.

Diese tatsächlichen Beziehungen können wichtiger sein als alle übrigen Aktiva.

Die Passiva sind die im Geschäftsbetriebe begründeten Verbindlichkeiten.

In dieser Universitas sind zunächst hinsichtlich der Aktiva zwei Gruppen zu unterscheiden, deren Gegenüberstellung für die Frage nach dem Übergange auf den Erben von Wichtigkeit ist, die tatsächlichen Beziehungen und die übrigen vermögensrechtlichen Bestandteile des Handelsgeschäftes. Der Übergang der letzteren auf den Erben wird durch das BGB. gewährleistet, da sie unbestritten zum Vermögen gehören. Hinsichtlich der tatsächlichen Beziehungen herrscht Streit.

Je nachdem, wie die Frage entschieden wird, ob zum Vermögensbegriff des BGB. und des HGB. nur die rechtlichen oder auch die tatsächlichen Beziehungen gehören, werden diese letzteren innerhalb der universitas auf den Erben übergehen oder auszuscheiden sein.

Das BGB. sagt in § 1922 1: Mit dem Tode einer Person geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere Personen (Erben) über.

Es kann nach ihm also nur Vermögen vererbt werden.

Das HGB. lässt in § 22 den Erwerb eines Handelsgeschäftes von Todeswegen zu. Dass der Vermögensbegriff dieser beiden Gesetze ein verschiedener sei, ist nicht erwiesen und nicht anzunehmen. Binder S. 34.

Anmerkung: Handelsgeschäft im engeren Sinne pflegt man diejenigen Vermögenswerte zu nennen, durch die der Fortbetrieb des Geschäftes gewährleistet wird. Lehmann-Ring S. 90.

Also muss auch das, was das HGB. unter Handelsgeschäft versteht, Vermögen sein.

Das HGB. sagt selber nicht, was unter Handelsgeschäft zu verstehen sei; man ist daher darauf angewiesen, sich an die von der Wissenschaft aufgestellte Begriffsbestimmung des Handelsgeschäftes zu halten.

Wenn nun, wie wir sahen, die Wissenschaft zum Handelsgeschäft auch die tatsächlichen Beziehungen rechnet, so folgt, dass in der Gesamtheit aller der Bestandteile, aus denen das Handelsgeschäft sich zusammensetzt, auch die tatsächlichen Beziehungen mitvererbt werden können und somit zum Vermögen gehören.

Anders Binder a. a. O.: Er geht von der Voraussetzung, dass nur rechtliche Beziehungen Vermögen sein können, aus; es können demgemäss auch nur rechtliche Beziehungen Gegenstand der Erbschaft sein. (Binder S. 31.) Auch er unterscheidet zwischen dem Handelsvermögen einerseits und der Handlung oder dem Handelsgeschäft als eines Inbegriffes rein tatsächlicher Beziehungen andererseits.

Diese begriffliche Verschiedenheit ergibt sich klar und deutlich aus dem HGB. selber. Denn bei der Veräusserung eines Handelsgeschäftes gehen nach § 25 HGB. die Geschäftsforderungen des Veräusserers nur dann auf den Erwerber über, wenn der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich gewilligt haben, und der Erwerber haftet für die im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten zunächst nicht, wenn er das Geschäft ohne die bisherige Firma fortführt.

Wenn Binder innerhalb des Handelsgeschäftes aus der ungleichen Behandlung von Aktiven und Passiven einerseits und der Handlung andererseits auch auf eine begriffliche Verschiedenheit zwischen Handlung und den anderen noch übrig bleibenden Bestandteilen des Handelsgeschäftes schliesst, so kann man sich ihm ruhig anschliessen.

Wie gesagt, kann nach Binder Vermögen nur aus rechtlichen Beziehungen bestehen. Das BGB. lässt also nur solche vererbt werden.

Das Handelsgeschäft besteht aus Handlung und Handelsvermögen.

Die Handlung ist keine Summe rechtlicher Beziehungen. Binder S. 32.

Während daher die Vererbung des Handelsvermögens nach BGB. begründet ist, kann also die Handlung nicht auf den Erben übergehen.

Das HGB. gibt aber in § 22 und § 27 die positive Vorschrift, dass das Handelsgeschäft auf den Erben übergeht.

Da Binder eine Verschiedenheit der Vermögensbegriffe des BGB. und HGB. nicht zu beweisen vermag, so gelangt er, wie er selber zugibt, hierdurch naturgemäss auf „einen toten Punkt".

Um sich aus dieser Verlegenheit zu befreien, muss Binder, da er einerseits die positive Gesetzesvorschrift des HGB., dass das Handelsgeschäft vererbt wird, nicht in Frage stellen, andererseits nicht bestreiten kann, dass Gegenstand der Erbschaft nach BGB. nur Vermögen ist, die Behauptung aufstellen, dass unter dem, was das HGB. sich als Handelsgeschäft vererben lässt, die Handlung, d. h. die tatsächlichen Beziehungen, nicht als mitvererbt anzusehen sind, so dass sich der Übergang also nur auf die noch übrigbleibenden rechtlichen Beziehungen erstreckt. Diese Auffassung, führt Binder weiter aus, indem er somit auf den Eingangspunkt seiner Erörterungen zurückgeht, sei unbedenklich, weil die Handlung eine tatsächliche Situation und somit kein vermögensrechtlicher Begriff sei. Warum aber das HGB., dem er hiermit doch eine Ungenauigkeit des Ausdruckes zur Last legt, in dem betreffenden Paragraphen nicht das sagt, was es nach Binder eigentlich meint, nämlich Handelsvermögen, vermag er nicht zu erklären und

weshalb er den tatsächlichen Beziehungen ihre Zugehörigkeit zum Vermögen abspricht, begründet er nicht.

Aber gerade in dieser Hypothese, die Binder als bewiesen annimmt und seinen Ausführungen als Basis zu Grunde legt, die tatsächlichen Beziehungen gehören nicht zum Vermögen, ist die Unhaltbarkeit seiner Ansicht zu suchen. Binder unterscheidet ganz richtig zwischen Handlung und Handelsvermögen, statt beides aber unter einem Vermögensbegriff im weiteren Sinne koordiniert zu behandeln, weist er die tatsächlichen Beziehungen gänzlich aus dem Rahmen des Vermögens heraus.

Dass man aber die tatsächlichen Beziehungen zum Vermögen zählen muss, wird durch obige Gegenüberstellung von BGB. und HGB. meines Erachtens hinreichend bewiesen.

Das Gesetz gibt zwar hierüber keine positive Bestimmung; aber aus dem Schweigen des HGB. ist nicht zu entnehmen, dass es gerade das weglassen will, woraus das Handelsgeschäft oft vorwiegend besteht, die tatsächlichen Beziehungen. S. Lehmann-Ring zu § 25, 2. a am Ende.

Im Gegenteil, wollte das HGB. einen Bestandteil des Handelsgeschäftes von der Erbschaft und somit vom Vermögen ausgenommen wissen, so würde es ihn aufführen oder zum mindesten in § 22 HGB. eine andere Benennung wählen, als gerade „Handelsgeschäft".

Diese Auffassung, „zum Vermögen zählen alle jemandem tatsächlich zustehenden Güter, wie z. B. die Kundschaft eines Erwerbsgeschäftes", wird schon von Dernburg, Pandekten § 22, vertreten; das BGB. gibt auch in § 857 einen Hinweis, dass tatsächliche Beziehungen zum Vermögen zu rechnen sind, indem es sich den Besitz vererben lässt.

Unsere Ansicht wird in der handelsrechtlichen Literatur geteilt, die einstimmig dahin geht, dass zum Vermögen die tatsächlichen Beziehungen zu zählen sind.

So sagt z. B. Lehmann-Ring in § 25, 2. a: „Handelsgeschäft im weitesten Sinne ist soviel, wie Handelsvermögen, d. h. die Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehungen von Vermögenswert.“

Siehe auch Goldmann zum § 22 I. 1. a. *aa.* v. Hahn Art. 22 § 2. Behrend Seite 202, 203.

Es werden demgemäss im Laufe der weiteren Ausführungen die tatsächlichen Beziehungen innerhalb der universitas als denselben erbrechtlichen Folgen unterliegend zu betrachten sein, wie die übrigen aktiven Bestandteile des Handelsgeschäftes.

Mit der Feststellung der Tatsache, dass das Handelsgeschäft ein Vermögen ist, ist jedoch zur Lösung unserer Frage noch nicht genug geschehen; denn die Vorfrage: „Was ist Vermögen?“ ist sowohl im gemeinen Recht, wie in Bezug auf das BGB. noch in einer anderen Richtung bestritten.

Die Einen nämlich verstehen unter Vermögen die geldeswerten Rechte und Pflichten einer Person, während Andere nur die Aktiva darunter begreifen wollen.

Die Entscheidung dieser Kontroverse ist auch für den vorliegenden Fall eines Sondervermögens von Wichtigkeit, da man, je nachdem wie dieselbe entschieden wird, entweder nur die Aktiva des Handelsgeschäftes — rechtliche und tatsächliche Beziehungen — oder auch die passiven Bestandteile des Handelsgeschäftes, die Geschäftsschulden, zum Handelsgeschäft zählen muss.

Es wird also im Folgenden die Frage zu erörtern sein: Gehören unter den Vermögensbegriff des BGB. und HGB. nur Aktiva oder auch Passiva? Um die für das BGB., dem ja derselbe Vermögensbegriff, wie dem HGB. zu Grunde liegt, von Binder aufgestellte Ansicht, zum Vermögen und somit zur Erbschaft seien nur die

Aktiva zu rechnen, zu widerlegen, wird es nötig sein, die Ausführungen Birkmeyer's, die für das gemeine Recht den Anschauungen Binder's entsprechen, zu prüfen, soweit sie für das Erbrecht von Wichtigkeit sind. (Birkmeyer, Über das Vermögen im jur. Sinne.)

Es kommt hier nicht darauf an auszuführen, dass der Erbe durch die successio per universitatem uno actu, also gewissermassen mit einem Schlage die Erbschaft erwirbt, sondern es handelt sich darum, welche Bestandteile die universitas, in die der Erbe succediert, enthält. Auch dass der Erbe im subjektiven Sinne für die Schulden hafte, gibt Birkmeyer zu; während er jedoch diese Haftung aus einer besonderen positiven Gesetzesvorschrift der XII Tafeln herleiten will und sich die Erbschaft, die der Erbe durch die successio in universitatem erlangt, nur aus Rechten zusammengesetzt denkt, müssen Rechte und Schulden als Kraft des Erbrechtes im objektiven Sinne übergehend und somit die Schulden als ein Bestandteil nicht, wie Birkmeyer will, als eine Last der Erbschaft angesehen werden.

Dass nun diese Stelle der XII Tafeln in Birkmeyer's Sinne ausgelegt werden muss, ist zum mindesten recht zweifelhaft.

Erstens muss, wie man mit Windscheid, Pandekten Band III § 528. 4, sagen kann, dahingestellt bleiben, ob sie nicht etwas anderes, als die besondere Haftung für die Schulden, nämlich die Verteilung unter mehrere Erben, zum Gegenstande habe; zweitens ist aber sicher, dass die XII Tafeln nicht neue Gesetzesnormen aufstellen, sondern geltendes Gewohnheitsrecht kodifizierten, mithin auch für diese einzelne Bestimmung eine derartige Annahme begründet erscheint. Wäre der Beweis für die Richtigkeit derselben erbracht, so würde man annehmen dürfen, dass die fragliche Tafelstelle nicht eine den allgemeinen Grundsätzen des Gewohnheitsrechtes widersprechende, sondern eine einzelne, den geltenden Grundanschauungen

entnommene und mit ihnen übereinstimmende Bestimmung bedeute.

Welche der beiden Ansichten die richtige ist, lässt sich mit Sicherheit nicht mehr feststellen. Dass man aber in der sich zunächst an das Recht der XII Tafeln anschliessenden Rechtswissenschaft der Ansicht war, dass die bona oder die hereditas Aktiva und Passiva enthielten, geht aus vielen Stellen des Corpus iuris, welche vollständig wiederzugeben sich erübrigt, hervor.

Z. B. l. 119 D. V. S. 50. 16:

Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem.

Hierunter etwas anderes zu verstehen, als dass die Erbschaft Schulden enthalte und somit der Erbe „Schuldner der Schulden" des Erblassers werde, würde beinahe eine gewisse Voreingenommenheit zeigen.

Dieselbe Meinung muss man aus der unparteiischen Betrachtung der lex 28 D. 42. 5 gewinnen, in der Javolen einen Ersatzerben, der nach Vermischung des Vermögens eines Pupillus mit der Erbschaft dieselbe angetreten hat, in die Schulden des Pupillus und seines Vaters, des Erblassers, succedieren lässt.

At quum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur.

Den treffendsten Beweis für die hier vertretene Ansicht gibt indessen ein Ausspruch Ulpian's in l. 1—3 pr. D. d. B. P. 37. 1., den auch Dernburg, Pandekten I § 22 in diesem Sinne ausgelegt wissen will. Es heisst hier nämlich:

Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum quae in his bonis sunt, tribuit, nam haec omnia bonis sunt conjuncta. Bona autem hic ut plerumque solemus dicere ita accipienda

sunt: universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in jus demortui suscipitur eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona sive non sunt sive damnum habent sive lucrum sive in corporibus sunt sive in actionibus in hoc loco proprie bona appellabuntur.

„Dass der in vorstehender Quellenstelle gebrauchte Ausdruck „bona" einen anderen Sinn habe, als Aktiva und Passiva, wird schwer jemand glaubhaft gemacht werden können."

Es soll hier nicht in Abrede gestellt werden, dass man eine oder die andere Corpus-iuris-Stelle, wie Birkmeyer und Binder es versuchen, von dem anderen Gesichtspunkt aus deuten kann, sondern zunächst nur darauf hingewiesen werden, dass auf Grund dieser Quellenstellen die Ausleger des Corpus juris von jeher ohne alle Ausnahme die Verpflichtungen als Vermögensbestandteile betrachteten.

So sagt z. B. Donellus: „Veranlassung die bona als Inbegriff von Aktiven und Passiven aufzufassen, wird überall und dann gegeben sein, wenn bona den Gegenstand der Erbfolge bezeichnet, also mit hereditas synonym ist." Wie Donell denken auch die übrigen Vertreter der französischen Schule, und vor ihnen die Glossatoren und Postglossatoren. In Auslegung der l. 39 § 1 D. 50. 16:

Bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt, unterscheiden sie die bona deducto aere alieno von den bonis conjunctis incommodis. Im allgemeinen gebrauchen sie bona als Activvermögen; zur Erbschaft zählen sie aber alle Aktiva und Passiva.

Diesen erbrechtlichen Vermögensbegriff hat auch die spätere gemeinrechtliche Lehre anerkannt.

Mag sie zwischen zwei verschiedenen Vermögensbegriffen, wie die Glosse, oder zwischen Vermögen im engeren und weiteren Sinne unterscheiden; siehe Puchta, Institutionen 446, Windscheid, Pandekten

§ 42, mag sie nur von einem einheitlichen Vermögensbegriff ausgehen, das Vermögen in ideelles und reelles teilen und letzteres einen Bestandteil des ersteren sein lassen, mag sie schliesslich das Vermögen als eine durch die Aktiva erweiterte, durch die Passiva verminderte Machtstellung der Person auffassen, immer will die gemeinrechtliche Lehre unter Vermögen Aktiva und Passiva verstanden wissen. Immer lässt sie demgemäss die successio in universitatem sich in Rechte und Pflichten vollziehen, wie es Dernburg in folgendem entwickelt:

„Der Tod vernichtet das Subjekt, an das sich Rechte und Verbindlichkeiten knüpfen. Regelmässige Kreditgewährung ist jedoch nur möglich, wenn für die Berichtigung der Verbindlichkeiten auch im Falle des Ablebens gesorgt wird.

Dieses geschieht durch die Universalsuccession. Der Erbe hat die Angelegenheiten des Erblassers so abzuwickeln, wie dieser es hätte tun müssen, Rechte und Verbindlichkeiten sind auch die seinen. Er wird Schuldner der Schulden des Erblassers ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlass zahlungsfähig ist oder nicht.“ *)

Was Birkmeyer für das gemeine Recht, sucht Binder, wie gesagt, für das BGB. zu beweisen, indem er den Satz aufstellt, der § 1922 BGB. liesse nur die Aktiva, dem Grundsatze der Birkmeyer'schen successio in universitatem entsprechend, auf den Erben übergehen; die positive Gesetzesvorschrift für die Schulden zu haften, sei aber durch den § 1967 BGB.:

„Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten“, gegeben, und diese seien somit als eine

*) Siehe Savigny System I.
Pernice K. V. J. S. XXII § 251.
Regelsberger Pand. I 363.
Bekker I § 41.
Dernburg Pr. Priv. R. 269.
Brinz § 363.

Last nicht als ein Bestandteil des Vermögens anzusehen, während nach der hier vertretenen Ansicht Forderungen und Schulden schon nach § 1922 BGB. an sich übergehen.

Binder weist zunächst darauf hin, da es sprachlich unmöglich sei, etwas anderes als die Aktiva unter Vermögen zu verstehen, indem er es dem Können oder der Machtstellung gleichstellt.

Dass unser Sprachgebrauch aber häufig darüber hinweggeht, gibt er im selbigen Satze zu.

Und in der Tat, man muss doch wohl im Verkehre nach dem speziellen Falle ermitteln, was unter dem Ausdruck „Vermögen" verstanden sein soll.

Fragt jemand einen Heiratsvermittler nach dem Vermögen eines Mädchens, so ist klar, dass er das Aktivvermögen wissen will; handelt es sich um die Möglichkeit, von dem beneficium competentiae einem Unterhaltungsanspruch gegenüber Gebrauch machen zu können, so wird das Nettovermögen massgebend sein, „spricht man von der Vererbung des Vermögens, so pflegt der moderne Sprachgebrauch Rechte und Schulden zugleich darunter zu verstehen".

Dass die Motive V. 525, 526 die Ansicht vertreten, in dem Vermögen gingen Rechte und Verbindlichkeiten, aus denen das Ganze sich zusammensetze, als seine Bestandteile über, muss Binder selber zugeben.

Auch der erste Entwurf zum BGB. hat diese Ansicht aufgenommen und lässt lediglich den § 2051 als eine Ausgestaltung des § 1749 erscheinen.

Der § 1749 lautet:

Mit dem Tode einer Person geht das Vermögen derselben als Ganzes . . . über.

Der § 2051:

Die zum Vermögen des Erblassers gehörenden Rechte und die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten gehen . . . kraft Gesetzes auf den Erben über.

Dieses „kraft Gesetzes" übergeht Binder in seinen Ausführungen mit Stillschweigen, obgleich der Fassung

des § 2051 doch wohl zu entnehmen ist: Rechte und Verbindlichkeiten sollen ipso iure — denn das will doch nur das „kraft Gesetzes“ sagen — zusammen übergehen.

Er sucht dagegen aus dem Vergleiche der Rechte als „zum Vermögen gehörig“ mit den Verbindlichkeiten als „vermögensrechtlich“ Nutzen für seine Ansicht zu ziehen.

Die Bezeichnung der Verbindlichkeiten als vermögensrechtlich sei nur zum Unterschiede von den nicht vermögensrechtlichen gegeben, um zu zeigen, dass diese nicht vererbt würden.

Da nun nach Abzug des Wortes „vermögensrechtlich“ nur die Bezeichnung Verbindlichkeiten übrig bliebe, während die Rechte „als zum Vermögen gehörig“ benannt würden, müsse man die Verbindlichkeiten als nicht zum Vermögen gehörig und ihren Übergang auf den Erben nur als eine Folge des Erbfalles bezeichnen.

Dadurch, dass Binder aber selber diese Beweisführung, zumal, da ihr die Motive entgegenständen, für einen modernen Gesetzentwurf „vielleicht als zu subtil“ bezeichnet, gibt er selber die Wahrscheinlichkeit zu, dass der Gesetzgeber überhaupt keinen Gegensatz beabsichtigt hat.

Im BGB. selber kommen für diese Frage der bereits erwähnte § 1922 und der § 1967: „Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten“ in betracht. Protok. S. 649, 650.

Weil nämlich auch bei den Beratungen der zweiten Kommission die hier behandelte Streitfrage auftauchte, unterliess man es, wie es ja der Standpunkt des BGB. ist, keine theoretischen Kontroversen zu lösen, sondern dieses der Wissenschaft zu überlassen, eine der streitigen Ansichten zum Gesetz zu erheben und stellte nur einen positiven Rechtssatz auf, dessen Fassung mit der Anschauung beider Parteien vereinbar war.

Eine ähnliche Taktik zeigt sich in dem Satze des § 26₂ BGB.:

„Der Vorstand einer juristischen Person hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters."

Auch hier ist der Auslegung hinsichtlich der Feststellung der rechtlichen Stellung des Vorstandes freier Spielraum gelassen.

Da man aber denjenigen, die Binder's Ansicht vertreten, durch alleinige Aufnahme des § 1922 Grund zu Bedenken zu geben glaubte, so fügte man gewissermassen zur Sicherheit noch den § 1967 hinzu.

So wurde die Kommission jeder Auffassung gerecht. Von einer Lösung der Streitfrage kann indes nicht die Rede sein, zumal da die Kommission in vollem Einverständnis lediglich aus redaktionellen Gründen verfuhr.

Auch daraus, dass das BGB. in § 1922 das Vermögen „als Ganzes" übergehen lässt, kann man weder für die eine noch die andere Auffassung etwas Bestimmtes herleiten und, wenn Binder ihn nur auf die successio per universitatem bezogen wissen will, so ist mit ebensoviel Recht zu behaupten, er wolle die successio in und per universitatem bezeichnen.

Siehe: Strohal, Böhm S. 196, Planck V Bem. 2a z. 1922. So sagt z. B. Planck:

Der Grundsatz der Universalsuccession bedeutet, ... dass das Vermögen als Einheit oder, wie das Gesetz sagt, als Ganzes übergeht.

Diese Einheitlichkeit äussert sich nach zwei Richtungen hin:

Erstens: Sämtliche Bestandteile des Vermögens, also sämtliche Rechte und sämtliche Pflichten des Verstorbenen gehen auf den Erben über; zweitens: der Übergang vollzieht sich Kraft einheitlichen Rechtsaktes.

Die Erbschaft wird im BGB. öfters mit Nachlass bezeichnet. Beide Begriffe decken sich materiell vollkommen, formell bezeichnet Erbschaft die Beziehung zum neuen Rechtssubjekt, auf das die Erbschaft übergeht,

während dieses Vermögen in bezug auf den früheren Inhaber und dritte Personen Nachlass genannt wird.

Wenn Binder mit seiner Behauptung, Nachlass sei nur eine Bezeichnung für Aktivvermögen, Recht hätte, so müsste auch die Erbschaft nur aus Rechten bestehen. Doch aus der Anwendung des Wortes Nachlass lässt sich für die Theorie Binder's ebensowenig wie für die entgegengesetzte entnehmen.

Es würde zu weit gehen, auf diese Frage näher einzugehen.

Wenn Binder jedoch sagt, Überschuldung des Nachlasses wolle besagen: Überschuldete Aktiva, so ist hierunter doch nichts weiter zu verstehen, als dass die negativen Bestandteile des Nachlasses umfangreicher sind, als die positiven. Und eine Nachlassverwaltung ist nach § 1981 anzuordnen, wenn durch Verhalten des Erben Gefahr besteht, dass die Aktiva sich so vermindern, dass die Passiva nicht mehr bestritten werden können.

Eine positive Folgerung könnte dagegen aus § 2001 BGB. gezogen werden, nach dem das Inventar Nachlassgegenstände und Verbindlichkeiten enthalten soll. Da aber nach § 1993 BGB. das Inventar ein Verzeichnis des Nachlasses ist, so muss man hier unter Nachlass Aktiva und Passiva verstehen.

Diese Folgerung hält Binder nicht für zwingend, weil von Nachlassinventar und nicht von Nachlass die Rede sei. Warum aber der Begriff des Nachlasses in Zusammenhang mit dem Worte Inventar anders, als ohne dasselbe, aufzufassen sei, versucht er nicht zu erklären; es ist daher an der hier vertretenen Ansicht festzuhalten.

Zweifel zu Gunsten Binder's Ansicht könnte schliesslich der Umstand erwecken, dass auch nach der Teilung der Erbschaft die Erben nach § 2058 und § 2060 grundsätzlich als Gesamtschuldner haften, mithin die Passiva eine andere Behandlung als die Aktiva erleiden.

Dieses Gesamthaftungsprinzip wendet das BGB.

jedoch nicht an, um eine verschiedene Behandlung von Aktiven und Passiven zu dokumentieren, sondern lediglich aus Zweckmässigkeitsrücksichten, nämlich um den Nachlassgläubigern die Rechtsverfolgung zu erleichtern.

Man nehme an, dass nach der Teilung einer der Erben in Konkurs geriete, so sollen die Gläubiger sich an die solventen Erben halten können; sollte einer der Erben ins Ausland verziehen, so sollen die Gläubiger sich an die in Deutschland befindlichen Miterben halten können.

Wie verträgt sich diese Folgerung Binder's überhaupt mit seiner Versicherung, dass er römisch-rechtlichen Grundsätzen folge?

Denn im römischen Recht sind doch die Schulden von mehreren Erben nur geteilt zu tragen nach dem Grundsatze:

Nomina sunt ipso iure divisa. Cod. 3. 36. 6.

Was aber für das römische Recht nicht nötig war, nämlich die ungeteilte Gesamthaftung für die Schulden, das soll für das BGB. aus dem Wesen der Universalsuccession folgen?

Es ist also festgestellt, dass das BGB. seiner Tendenz, über theoretische Streitfragen keine positive Entscheidung zu geben gemäss sich jeglicher Bestimmung enthält und daher der Auslegung des § 1922 und 1967 freien Raum lässt. Die Ansicht des Corpus juris aber an der die Glosse festhält und die fast ohne Ausnahme die gemeinrechtliche Lehre verteidigt, bezeichnet auch die heutige Wissenschaft als die richtige.

Siehe Windscheid III z. 528, Planck z. 1922, 2a, Frommhold, Matthias § 138 B. I., Bernhöft in Birkmeyer's Encyklopädie, Endemann § 4.

Wie aber die successio in universitatem den Übergang der bona als Inbegriff von Aktiven und Passiven bedeutete, so liegt auch für die heutige Wissenschaft kein Anlass vor, die Gesamtnachfolge des BGB. anders aufzufassen, als dass das Vermögen, welches nach § 1922 auf den Erben übergeht, ein Inbegriff ist von Rechten und Verbindlichkeiten.

Das HGB. hat, wie schon früher erwähnt, denselben Vermögensbegriff wie das BGB.

Es ist daher der Erwerb des Handelsgeschäftes von todeswegen nach § 22 HGB. so aufzufassen, dass der Erbe nach § 1922 BGB. die Bestandteile des Handelsgeschäftes, Aktiva, d. h. rechtliche und tatsächliche Beziehungen, und Passiva kraft einheitlichen Rechtsaktes als Ganzes, d. h. als Einheit, erwirbt.

Gegen die Auffassung Binder's und Birkmeyer's erhebt sich aber auch ein prinzipielles Bedenken. Wenn die Wissenschaft die Beziehungen von Aktiven und Passiven eines Rechtssubjektes rechtlich konstruieren will, so ist sie einverstandenermassen angewiesen auf das positive Recht und deshalb auch auf die von Binder und Birkmeyer angerufenen Rechtsvorschriften, dass der Erbe für die Nachlassverbindlichkeiten hafte. Es fragt sich also nur, ob die von Binder und Birkmeyer oder die von der herrschenden Theorie gegebene Konstruktion des Verhältnisses von Aktiven und Passiven die richtige ist. Es zeigt sich hier klar, dass die Binder-Birkmeyer'sche Auffassung unrichtig ist. Nach ihr sollen die Verbindlichkeiten nur „Lasten" der Aktiven sein. Eine Last setzt ein „Belastetes" voraus. Die bekämpfte Ansicht versagt demnach, wenn gar keine Aktiva, sondern nur Passiva gegeben sind. Hier zeigt sich, dass die Zusammenfassung der Aktiva und Passiva zur Einheit des Vermögens allein die den Rechtsvorschriften entsprechende juristische Konstruktion ist.[1]

III. Der Erbe hat die Erbschaft; der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis erworben.

Die Erbschaft ist als Ganzes auf den Erben übergegangen. Mag er das Handelsgeschäft unter derselben Firma fortführen!

Wie gestaltet sich nun der Niessbrauch an demselben? Es ist in der Darstellung des Falles angenommen

[1] Vgl. Strohal, Erbrecht 3. Aufl., 1903, S. 15 f.

worden, dass der Nachlass, an dem der Niessbrauch bestellt ist, nur aus dem Erwerbsgeschäft besteht. Will man entwickeln, wie dieser Niessbrauch nach dem Willen des Erblassers auszulegen ist, so muss man von zwei verschiedenen Gesichtspunkten ausgehen. Der Erblasser kann einerseits bei seiner Niessbrauchsbestellung an den Nachlass als solchen, da derselbe ja eben nur aus dem Erwerbsgeschäfte bestehen soll, gedacht haben.

Die Auslegung des Vermächtnisses am Nachlass als solchen kann nun wieder zwei Richtungen einschlagen, je nachdem man annimmt, dass ein Erblasser seine Witwe zur Vorerbin einsetzen will, oder dass es sich nur um eine Niessbrauchsbestellung an der Erbschaft als solcher handelt.

„Wer früher seinem Ehegatten im wesentlichen dieselbe Stellung belassen wollte, die er während der Ehe hatte, bediente sich des Berliner Testamentes, indem er verfügte, dass der überlebende Ehegatte lebenslänglichen Niessbrauch und die Verwaltung behalten solle. Wer fortan in dieser Weise verfügt, möge bedenken, dass der Niessbraucher anders gestellt ist als der Vorerbe.“ Peiser, Handbuch des Testamentrechtes, 1902, S. 55.

Denn, wenn auch verschiedene gesetzliche Bestimmungen hier wie dort die gleichen sind, z. B. die Behandlung der übermässig gewonnenen Früchte (§§ 1039, 2133 BGB.) und die Massregeln bei Verletzung der Rechte des Eigentümers resp. Nacherben (§§ 1051, 2128 BGB.), so ist doch die juristische Konstruktion der Stellung des Niessbrauchers und Nacherben eine völlig verschiedene.

Denn während der Niessbraucher nur ein beschränktes dingliches Nutzungsrecht an fremder Sache hat, wird der Vorerbe Eigentümer und ist in dieser Stellung nur durch die Rücksicht auf den Nacherben, hauptsächlich durch § 2113 BGB. beschränkt, während er andererseits nur für culpa in concreto haftet. (§ 2131 BGB.)

„Man hat also, wenn man einen Vorerben einsetzen

will, nicht von Einräumung eines Niessbrauchs zu reden. Geschieht das trotzdem, so gelten aber nur, wenn nicht etwa trotz der Anordnung des Niessbrauches in Wirklichkeit die Einsetzung eines Nacherben gemeint ist, die Regeln des Niessbrauches.“ (Peiser S. 55.)

In diesem Falle würden die §§ 1085 ff. BGB. zur Anwendung kommen, d. h. der Niessbrauch würde an den einzelnen zum Nachlass gehörigen Gegenständen bestellt werden. Da nun Binder nach seiner im Vorigen behandelten Vermögenstheorie die tatsächlichen Beziehungen und die Schulden aus dem erbrechtlichen Vermögensbegriff des BGB. und HGB. herausweist, so muss er auch den Niessbrauch an der Erbschaft, in diesem Falle einem Handelsgeschäft, sich nur auf die Bestandteile desselben beziehen lassen, die wegen ihrer Eigenschaft als Vermögen zur Erbschaft gehören.

Zu diesem Ergebnis muss er, wie gesagt, gelangen und gelangt auch zu ihm, indem er den Niessbrauchszwang der Aktiven aus ihrer Vermögenseigenschaft herleitet und die tatsächlichen Beziehungen und Schulden, da sie ja nach ihm nicht zur Erbschaft gehören, auch nicht dem Niessbrauch an der Erbschaft unterliegend betrachtet. Die vom BGB. für die Haftung der Schulden, die ja nach Binder als eine Last der Erbschaft anzusehen sind, gegebenen Vorschriften leitet er einzig und allein aus den praktischen Gründen her, dass der Besteller nicht in der Lage sein soll, seine Gläubiger durch Bestellung eines Niessbrauches um ihre Deckungsansprüche zu bringen.

Binder Seite 16.

Während Binder zu diesem Ergebnis gelangen würde, stände nach der hier vertretenen Ansicht der Niessbrauchsbestellung an Aktiven, Passiven und tatsächlichen Beziehungen – denn alles ist ja Vermögen — im Prinzipe nichts entgegen. Wir werden aber weiter unten sehen, dass die §§ 1085 ff. BGB. eine Niessbrauchsbestellung in dieser Weise nicht gestatten.

Nach diesen Gesichtspunkten würde sich die Rechtslage der Vermächtnisnehmerin gestalten, wenn der Erblasser an dem Nachlass als solchen den Niessbrauch hätte bestellen wollen. Diese Deutung trifft aber im vorliegenden Falle nicht notwendig zu, da der Erblasser beim Vermächtnis auch nur das Sondervermögen des Erwerbsgeschäftes im Auge gehabt haben kann. Wie sich der Niessbrauch an einem solchen gestaltet, soll in folgendem klar gelegt werden.

2. In dem ersten Teil der Abhandlung hatten wir ausgeführt, dass zum erbrechtlichen Vermögensbegriff des BGB. und HGB. auch die tatsächlichen, nicht nur die rechtlichen Beziehungen und fernerhin nicht nur die Aktiva sondern auch die Passiva gehören.

Beides war nötig vorauszuschicken, um die folgende Frage zum Abschluss bringen zu können: „Ist ein an einem Erwerbsgeschäft bestellter Niessbrauch an den einzelnen Aktiven desselben bestehend zu denken, oder ist das Erwerbsgeschäft in seiner Gesamtheit Gegenstand der Nutzniessung?“

Besondere Vorschriften über den Niessbrauch an einem Erwerbs- oder Handelsgeschäft bestehen nach BGB. nicht.

Auch das HGB., das in § 22,2 von der Übernahme eines Handelsgeschäftes auf Grund eines Niessbrauches spricht, sagt nicht, wie ein solcher aufzufassen sei.

Das Handelsgeschäft ist aber ein Vermögen.

Mangels besonderer Bestimmungen für ein Sondervermögen könnte man daher die Grundsätze, die das BGB. in § 1085 ff. für den Niessbrauch an einem Vermögen aufstellt und die es speziell in § 1089 für den Niessbrauch an einer Erbschaft entsprechende Anwendung finden lässt, zu Grunde legen. Der § 1085 lautet:

„Der Niessbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, dass der Niessbraucher den Niessbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt.“

Die Anwendung des § 1085 ff. würde also dahin führen, dass die Witwe nur die Nutzung der einzelnen zum Erwerbsgeschäfte gehörenden Gegenstände zu beziehen hätte.

Auch der Erbe würde in dem von uns angenommenen Falle geneigt sein, die Anwendung der § 1085 ff. BGB. für allein richtig und sich aus diesem Grunde nur zur Einräumung des Niessbrauches an den einzelnen Gegenständen, wie oben erwähnt, für verpflichtet zu halten.

Man müsste nach dieser Ansicht unter Anwendung der Vorschriften des BGB. das Handelsgeschäft in seine einzelnen Bestandteile zerlegen und an diesen wäre nach den den einzelnen eigentümlichen Rechtsvorschriften der Witwe der Niessbrauch einzuräumen.

Dieser würde nun je nach der verschiedenen rechtlichen Beschaffenheit der Vermögensgegenstände eine verschiedene rechtliche Gestaltung haben.

Unter dem Niessbrauch an den Aktiven würde man Sachniessbrauch an beweglichen sowie unbeweglichen Sachen (§ 1030 ff. BGB.), und Niessbrauch an Rechten, speziell an Forderungen (§ 1068 ff. BGB.), zu unterscheiden haben.

Innerhalb sowohl des Sach- wie des Rechtsniessbrauches wäre die verschiedene Behandlung der verbrauchbaren und nicht verbrauchbaren Gegenstände zu beachten.

Es würde sich ein eigentlicher Sachniessbrauch mit Recht auf Nutzniessung und Besitz, jedoch mit Rückgabepflicht salva rerum substantia und ein Quasiusufruct nach § 1067 BGB. ergeben, der den Niessbraucher zum Eigentümer macht, ihm jedoch die Verpflichtung auferlegt, nach der Beendigung des Niessbrauches den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten.

Eine ähnliche Verschiedenheit zeigt der Niessbrauch an Rechten in seiner dem Sachniessbrauch analogen Einteilung in eigentlichen und uneigentlichen Niessbrauch.

Andererseits macht sich die Behandlung des Vermögens

als einheitliche Grösse in der Haftung des Niessbrauchers für die Schulden des Bestellers geltend.

Denn der Besteller ist, wie sich mittelbar aus dem Gesetze ergibt, soviel aus den Mitteln des Vermögens zurückzubehalten berechtigt, als zur Befriedigung der Gläubiger notwendig ist.

Ferner können einerseits nach § 1086 BGB. die Gläubiger des Bestellers für ihre vor der Bestellung des Niessbrauches entstandenen Forderungen Befriedigung aus den dem Niessbrauche unterliegenden Gegenständen oder bei uneigentlichem Niessbrauch Wertersatz verlangen, andererseits kann nach § 1087 BGB. der Besteller bei Fälligkeit einer vor der Bestellung entstandenen Forderung Rückgabe der zur Befriedigung erforderlichen Gegenstände beanspruchen. Ja die Gläubiger können die Zinsen der zur Zeit der Bestellung verzinslichen Forderungen und wiederkehrende Leistungen nach § 1088 BGB. auch von dem Niessbraucher fordern.

— Zu einem andern Resultate würde man gelangen, wenn man mit Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II. 543, annehmen wollte, dass der Niessbrauch am gesamten Vermögen besteht. Dass die Bestellung nur an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erfolgen kann, soll seinen Grund nur in einer dem modernen sachenrechtlichen Prinzip der Spezialität gemachten Konzession haben. Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizutreten; denn, wenn wirklich dem Prinzip der Spezialität diese Konzession gemacht ist, so folgt daraus mit Notwendigkeit das Zerfallen des Vermögensniessbrauches in einzelne nach ihrem Objekte verschieden geartete Niessbrauchsrechte. —

Wende man diese Grundsätze auf den Niessbrauch am Handelsgeschäft an.

Das Handelsgeschäft besteht aus beweglichen und unbeweglichen Sachen, Rechten und Geschäftsforderungen, Chancen und Geschäftsschulden. Der Niessbrauch müsste

an den einzelnen zu diesem Vermögen gehörenden Gegenständen bestellt werden.

Die Niessbraucherin bekäme z. B. die Nutzung und den Besitz eines Fabrikgrundstückes; da sie jedoch verpflichtet ist, nach § 1032 BGB. die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrecht zu erhalten, so wird sie in vielen Fällen dasselbe nicht verwenden, d. h. den materiellen Vorteil, den der Erblasser ihr dadurch hat zuwenden wollen, nicht ziehen können.

Ihr kann unter den beweglichen Sachen der Niessbrauch eines für ihre Wohnung viel zu grossen Ladentisches vermacht sein, dessen Nutzungswert, gesetzt den Fall, sie könnte ihn nicht vermieten, für sie völlig irrelevant ist.

Von den Sachen, in denen der Kaufmann Handel treibt, kann ihr der Niessbrauch an 20 Sack Kaffee bestellt sein. Da für die Ausübung desselben die in § 1067 BGB. behandelten Grundsätze zur Anwendung kommen, so könnte die Niessbraucherin den Kaffee für sich verwerten oder ihn verkaufen. Wenn nun der Preis des Kaffees zur Zeit des Verkaufes geringer ist, als zur Zeit der Einräumung des Niessbrauches — denn sie muss den Wert, den die verbrauchbare Sache zu dieser Zeit hatte, finito usufructu ersetzen — so macht die Niessbraucherin sogar Schaden.

Ausserdem kann sie nie wissen, wie lange sie den Zinsgenuss des durch den Verkauf der beweglichen Sache erlangten Erlöses hat, da der Besteller nach § 1087 BGB. jederzeit zur Befriedigung etwaiger Gläubiger Wertersatz verlangen kann, und sie kann demgemäss nie auf längere Zeit ihre Dispositionen treffen.

An den oftmals wichtigsten Teilen des Handelsgeschäftes, den Chancen, z. B. Alter, Kredit, Kundschaft, ist, wenn man sie von dem Handelsgeschäft loslösen und als Einzelobjekte betrachten würde, die Bestellung des Niessbrauches überhaupt undenkbar.

Während ihr in vielen Fällen der Niessbrauch an den sonstigen Rechten keinen Vorteil gewähren wird, würden als Nutzungen nur etwa die Zinsen der Geschäftsforderungen in Betracht kommen.

Ausserdem wird sie aber der Unannehmlichkeit ausgesetzt sein, dass die Gläubiger des Bestellers auch von ihr die Zinsen der zur Zeit der Bestellung verzinslichen Forderungen verlangen, und die Niessbraucherin muss jederzeit auf die Möglichkeit gefasst sein, zwecks Befriedigung der Gläubiger die ihrer Nutzniessung unterliegenden Gegenstände herausgeben zu müssen.

Diese Anwendung der vom BGB. für das Gesamtvermögen gegebenen Grundsätze auf den Niessbrauch an einem Handelsgeschäft erscheint daher mit der wirtschaftlichen Natur des Handelsgeschäftes völlig unvereinbar.

Denn das Handelsgeschäft kann wegen seiner wirtschaftlichen Konnexität nur, wenn es als Ganzes in usufructu ist, den ihm eigentümlichen Nutzen gewähren. Planck BGB. IV. § 1205, Hanausek § 28 S. 154. Wir werden deshalb auch den Willen des Erblassers so auslegen müssen, dass der Zusammenhang aller Bestandteile des Geschäftes und seine wirtschaftliche Funktion erhalten bleiben.

Wollte man aber diese praktischen Bedenken nicht gelten lassen, die gegen die Anwendung der §§ 1085 ff. auf den Niessbrauch an einem Erwerbsgeschäft sprechen, so würde diese doch durch den Inhalt der §§ 1085 ff. selbst ausgeschlossen sein.

Das BGB. spricht nur von einem Niessbrauch am Gesamtvermögen, wie z. B. Matthiass II. § 49 sagt:

„Es handelt sich hier um den Niessbrauch an einem ganzen Vermögen und an einer Erbschaft (§§ 1085, 1089 BGB.), nicht an einem Sondervermögen (z. B. an einem Erwerbsgeschäft).

Siehe ferner Dernburg, BGB. III. § 195 IV.,

Planck, BGB. IV., Scherer, Sachenrecht S. 218, Bernhöft in Birkmeyer's Encyklopädie.

Hier handelt es sich aber um einen durch Vermächtnis bestellten Niessbrauch an einem Sondervermögen.

Vorschriften über den Niessbrauch an einem solchen zu geben, hat gar nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, wie klar und deutlich aus den Motiven hervorgeht — Haidlen, Band II. Seite 299, Motive III. 559 ff. —, eine Tatsache, die die Wissenschaft, wie gesagt, völlig anerkennt. Wollte das BGB. das Sondervermögen unter den §§ 1085—89 behandelt wissen, so würde es dieses ausdrücklich gesagt haben.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II. § 43. ist zwar ebenfalls der Ansicht, dass das BGB. nur das Gesamtvermögen im Auge hat, will aber die Vorschriften auch auf das Sondervermögen ergänzend anwenden. Dass Kuhlenbeck dann auch zu einem Niessbrauch am Sondervermögen als Ganzem gelangen würde, ergibt das auf S. 23 Bemerkte.

So haben wir gesehen, dass eine Niessbrauchsbestellung am Handelsgeschäfte im Sinne der §§ 1085 ff. BGB. in praktischer wie rechtlicher Hinsicht völlig ausgeschlossen ist.

Es handelt sich jetzt darum, der Vermächtnisverfügung eine Auslegung zu geben, bei der die wirtschaftliche Einheit des Handelsgeschäftes gewahrt bleibt, dass es als Ganzes auf die Vermächtnisnehmerin übergeht.

Man könnte sich nun zunächst fragen: Ist es möglich, dass der Niessbrauch an dem Sondervermögen als Ganzem, als Einheit von Aktiven, Passiven und tatsächlichen Beziehungen bestellt wird und besteht? Während dieses nach Binder schon aus dem Grunde nicht möglich ist, weil Schulden und tatsächliche Beziehungen nicht Vermögen sind, stände nach der hier

vertretenen Auffassung einer derartigen Bestellung im Prinzipe nichts entgegen.

Doch kennt, wie wir oben gesehen haben, das BGB. keinen Niessbrauch am Gesamtvermögen als Einheit, sondern nur an seinen einzelnen Gegenständen. Was von dem Gesamtvermögen gilt, muss noch viel mehr für das Sondervermögen gelten; man würde den Vorschriften des BGB. Gewalt antun, wollte man hier einen einheitlichen Bestellungsakt annehmen. Der Parteiwille kann die Möglichkeit einer derartigen Niessbrauchsbestellung nicht begründen. Es würde immer an einem einheitlichen Bestellungsakt, den doch der Erbe dem Vermächtnisnehmer gegenüber vornehmen muss, völlig fehlen. Das Gesetz kennt eben einen solchen nicht.

Um die wirtschaftliche Einheit des Geschäftes zu erhalten, muss man daher, da es an einer gesetzlichen Vorschrift mangelt, auf die Vermächtnisverfügung und ihre Auslegung zurückgehen.

Versetze man sich in die Lage des Erblassers und frage man sich, was hat er erreichen wollen, indem er seinen Bruder zu seinem Erben einsetzte und seiner Frau den Niessbrauch vermachte?

Wie zu seinen Lebzeiten sein und seiner Ehefrau gemeinsamer Unterhalt aus dem Erwerbsgeschäfte floss, so hat der Erblasser ihr denselben bis zu ihrem Tode aus den Erträgnissen desselben auch ferner sichern wollen. Nach ihrem Ableben sollte es seinem Bruder ohne Einschränkung zufallen.

Diese Absicht des Erblassers wird jedoch nur erreicht, wenn die Einheit des Handelsgeschäftes gewahrt bleibt, da es nur so die seiner Natur entsprechenden Erträge abwerfen kann.

Das vermachte Niessbrauchsobjekt ist ein Vermögen, bestehend aus Aktiven, Passiven und tatsächlichen Beziehungen. An diesem Vermögen der Vermächtnisnehmerin

den Niessbrauch so einzuräumen, dass seine wirtschaftliche Einheit gewahrt bleibt, soll nach dem Willen des Erblassers der Erbe obligatorisch verpflichtet sein. Und zwar ist im Zweifel, wie auch hier gemäss dem mutmasslichen Willen des Erblassers anzunehmen, dass auf sämtliche Bestandteile des Geschäftes sich die Verpflichtung des Bestellers zur Niessbrauchsbegründung erstreckt.

So sagt z. B. Strohal, Erbrecht Band I, 3. Aufl. 1903 Seite 257 § 37a:

„Regelmässig wird das Vermächtnis eines bestehenden Handelsgeschäftes zugleich auch als Vermächtnis des gesamten zum Betriebe des Geschäfts gehörenden Vermögens aufzufassen sein und der Bedachte demgemäss verlangen können, dass ihm die Bestandteile des Vermögens vom Beschwerten übertragen werden."

Die Bestellung des Niessbrauches hat der Erbe in der Weise zu bewirken, dass an den zum Geschäft gehörigen Mobilien, Immobilien, Forderungen der Niessbrauch eingeräumt wird. An den tatsächlichen Beziehungen ist nun eine Niessbrauchsbestellung ihrer Natur nach ausgeschlossen. Aus der Vermächtnisverfügung ergibt sich aber, dass der Erbe als bisheriger Geschäftsinhaber der Vermächtnisnehmerin die Möglichkeit gewähren muss, das Geschäft tatsächlich fortzuführen, also den oft hervorragenden Wert, den es durch seinen guten Ruf, sein Ansehen in sich schliesst, auszunutzen.

Wie schliesslich hinsichtlich des Überganges der Aktiva lediglich der Wille der Parteien massgebend ist, so hängt auch der Übergang der Schulden von den von den Parteien getroffenen Vereinbarungen ab. Haben diese besondere Festsetzungen nicht getroffen, dann ist massgebend, dass nach den Verkehrsanschauungen die geschäftlichen Verbindlichkeiten mit zum Geschäftsvermögen zu rechnen sind. Im Zweifel, so auch hier, ist der Parteiwille daher dahin auszulegen, dass die Schulden den Niessbraucher belasten.

Ist der Erbe dieser seiner obligatorischen Verpflichtung nachgekommen, so ist der Wille des Erblassers erfüllt. Denn die Vermächtnisnehmerin hat das Geschäft als wirtschaftliches Ganzes in Händen. Andererseits sind die Gesetzesvorschriften des BGB. (§§ 1085 ff.) nicht verletzt. Denn fragt man sich, woran das Niessbrauchsrecht haftet, so wird man darauf zurückkommen, dass es an den einzelnen Bestandteilen haftet, soweit sie überhaupt Gegenstand eines eigentlichen oder uneigentlichen Niessbrauchs sein können.

Man könnte nun im Zweifel sein, was unter diesen Erträgen, die das Handelsgeschäft als ganzes gewährt, aufzufassen sei.

Aus HGB. und BGB. ist auch über diese Frage im allgemeinen nichts zu entnehmen.

Bezüglich eines der elterlichen Nutzniessung unterliegenden Erwerbsgeschäftes bestimmt jedoch der § 1655 BGB., dass dem Vater nur der sich aus dem Betriebe ergebende jährliche Reingewinn gebührt.

Es unterliegen demgemäss nicht die einzelnen zum Erwerbsgeschäfte gehörenden Gegenstände der Nutzniessung, sondern das Geschäft im Ganzen ist Gegenstand derselben. Siehe: Planck BGB. Die Rechtslage wird sich hiernach folgendermassen gestalten:

Dem Vater gebührt, wie gesagt, nur der auf Grund des Betriebes des Erwerbsgeschäftes sich ergebende Reingewinn. Als Gewinn wird von § 1655 BGB. aber nicht das nach Beendigung des Erwerbsgeschäftes endgültig sich berechnende reine Ergebnis angesehen, sondern der Vater hat auf den jährlichen Reingewinn Anspruch, muss jedoch, wenn sich ein Verlust am Stammvermögen ergibt, sich gefallen lassen, dass der Gewinn späterer Jahre zur Ausgleichung des Verlustes der früheren verwendet wird; den Gewinn früherer Jahre braucht der Vater zur Ausgleichung des Verlustes eines späteren Jahres nicht zu verwenden, selbst dann nicht, wenn er ihn noch im Geschäft hat

stehen lassen. Im übrigen sind besondere Grundsätze über Gewinn- und Verlustberechnung im Gesetz nicht aufgestellt; es entscheidet das Verhältnis des einzelnen Falles.

An ein dem eben besprochenen analoges Verhältnis wird auch der Erblasser bei seiner Vermächtnisverfügung gedacht haben. Man muss daher auch hier wieder seinem mutmasslichen Willen entsprechen und der Vermächtnisnehmerin eine der des Vaters in § 1655 BGB. gleiche Stellung einräumen, d. h. ihr den jährlichen Reingewinn gewähren.

Denn wenn auch der § 1655 keine allgemeine Regel für den Niessbrauch an Erwerbsgeschäften aufstellt, so wendet doch die Wissenschaft, „wenn sich aus den Vereinbarungen über die Nutzniessung an einem Erwerbsgeschäfte, sowie wenn sich aus der Anordnung einer solchen Nutzniessung durch Vermächtnis nichts anderes ergibt", die Vorschrift des § 1655 auf jeden Niessbrauch am Erwerbsgeschäft in Ermangelung anderer Anhaltspunkte analog an.

Siehe Planck BGB. IV. § 120 5, Dernburg BGB. III. § 195 IV., Hanausek § 28, Kuhlenbeck II. § 43 3.

Diese Ansicht muss als die richtige bezeichnet und die Dernburg's in seinem Preussischen Privatrecht Band I. § 286 4 zurückgewiesen werden. Der Niessbraucher eines Handelsgeschäftes soll nach ihm nur den Jahresgewinn aus demselben in Anspruch nehmen können, da sich endgültig Gewinn und Verlust erst nach Beendigung des Geschäftes aus dessen Gesamtresultate ergäben; dem Niessbraucher gebühre daher nur der Betrag laufender üblicher Zinsen des Geschäftskapitals, welches sich nach der jedesmaligen letzten Jahresbilanz berechne.

Mit Recht setzt Hanausek § 28 S. 155 ihr entgegen, dass eine solche Auffassung unserm HGB. fremd sei, welches unter Geschäftsgewinn immer den auf Grund der Bilanz jährlich festgestellten Reingewinn verstehe. Ein dem des Niessbrauchers ähnliches Verhältnis sei das des

stillen Gesellschafters zum Geschäftsinhaber. Denn beide, Niessbraucher und stiller Gesellschafter, wollten an dem ökonomischen Gewinn des Geschäftes teilnehmen. Auch der stille Gesellschafter habe kein Recht auf Zinsbezug, sondern nur ein Recht auf den seiner Einlage entsprechenden Teil des Reingewinnes.

Analog müssten die Erträge des Niessbrauches behandelt werden.

Dieser Ansicht scheint sich auch Dernburg, wie aus seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts III. 547 hervorgeht, späterhin angeschlossen zu haben.

Auf Grund der im ersten Teile niedergelegten Ansicht, dass der Erbe die Bestandteile des Handelsgeschäftes Aktiva, d. h. rechtliche und tatsächliche Beziehungen, wie Passiva kraft einheitlichen Rechtsaktes, d. h. als Ganzes erlangt, kommt man hier also zu dem mit der Meinung des Verkehrs, der Motive, der Wissenschaft und dem Willen des Erblassers übereinstimmenden, dem BGB. und HGB. nicht widersprechenden Resultate, dass das Handelsgeschäft betr. der Nutzniessung als Einheit zu betrachten ist, und dass die Nutzung in dem auf Grund der Bilanz jährlich festgestellten Reingewinn besteht.

Auf welche Weise soll nun die Niessbraucherin den ihr auf Grund des soeben ausgeführten zugesprochenen Reingewinn erhalten?

Da das Handelsgeschäft nach dem Willen des Erblassers als Ganzes der Nutzniessung unterliegen soll, so ist allerdings nur mit zwei Möglichkeiten zu rechnen; entweder ist der Erbe berechtigt das Handelsgeschäft in seiner Gesamtheit fortzuführen oder die Verwaltung steht in derselben Weise der Niessbraucherin zu.

Aus dem HGB. ist nicht zu entnehmen, wer von beiden Parteien in einem Falle, wie dem vorliegenden, das Handelsgeschäft fortzuführen berechtigt und verpflichtet ist. Es gibt zwar an sich in § 22 1 und 2 sowohl dem Erben wie dem Niessbraucher die Berechtigung

hierzu, macht jedoch die Möglichkeit der Ausübung derselben von der ausdrücklichen Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers oder dessen Erben in die Fortführung der Firma abhängig.

In erster Linie wird zu beachten sein, ob der Erblasser über die Fortführung des Geschäftes durch die Niessbraucherin Bestimmung getroffen hat, hat aber der Erblasser sich jeder Willensäusserung in dieser Hinsicht enthalten, so ist zu sagen: „Zum Wesen des hier besprochenen Vermächtnisses gehört ein solcher Umfang des Zuwendungswillens nach Strohal Erbr. 3. Aufl. S. 257 nicht. Er sagt vielmehr: Das Vermächtnis kann sich auch darauf erstrecken, dass der Bedachte die bisherige Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortführen dürfe."

Wenn nun der Erblasser überhaupt an eine Fortführung des Handelsgeschäftes gedacht hat, was als seinem Willen entsprechend angenommen werden soll, so wird seine Absicht auch ohne Zweifel auf eine Fortführung unter derselben Firma gerichtet gewesen sein. Deshalb braucht aber keineswegs angenommen zu werden, dass er dem Bruder hat die Verwaltung übertragen wollen; es kann der Erblasser ebenso gut seiner Witwe dieselbe haben zuerteilen wollen, in welchem Falle der Erbe ihr durch ausdrückliche Erklärung die Einwilligung zur Fortführung des Handelsgeschäftes unter derselben Firma nach § 22 HGB. erteilen muss, wenn er nicht will, dass bei Klage der Niessbraucherin die Willenserklärung als mit der Rechtskraft des Urteils abgegeben gilt.

Um zu entscheiden, ob in Zweifelsfällen wie dem vorliegenden der Erblasser die Fortführung des Geschäftes dem Erben oder der Vermächtnisnehmerin hat zuweisen wollen, muss man wieder zur Willensauslegung seine Zuflucht nehmen.

Dass der Erblasser an „eine Administration des Handelsgeschäftes durch den Niessbraucher als durch einen

Beauftragten", (Hanausek, Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch), gedacht haben könne, liegt zu weit ab und kann hier unbeachtet bleiben; es handelt sich also nur darum, festzustellen, ob eine Fortführung des Handelsgeschäftes durch den Erben oder die Niessbraucherin dem vermutlichen Willen des Erblassers entspricht.

Für erstere Ansicht könnte man den Umstand verwerten, dass der Erblasser den Erben für eine zur Fortführung des Handelsgeschäftes geeignete Person gehalten haben muss, da dessen Verwaltung demselben nach Beendigung des Niessbrauches uneingeschränkt zufallen soll.

Auch dass der Erbe nach dem Tode der Witwe ja doch die Verwaltung bekommen wird, könnte man für den Willen des Erblassers, ihm dieselbe jetzt schon gewähren zu wollen, als massgebend ansehen.

Am meisten gibt jedoch zu Bedenken gegen eine Verwaltung durch die Niessbraucherin die Erwägung Anlass, dass überall da, wo das Gesetz die Verwaltung mit zur Nutzniessung gezählt wissen will, es dieses besonders ausspricht.

So wird zum Beispiel im gesetzlichen Güterstande das Vermögen der Frau nach § 1363 BGB. der Verwaltung und Nutzniessung des Mannes unterworfen.

Schlösse das Gesetz die Verwaltung in die Nutzniessung ein, so würde es in § 1363 BGB. eben nur von Nutzniessung sprechen.

Nähme man an, dass der Erblasser seinem Bruder als Erben, obgleich er ihn durch fremdes Recht beschränkt, auch die Verwaltung habe zuerteilen wollen, so hätte der Erbe das Handelsgeschäft fortzuführen und würde durch die Geschäftsschulden belastet. Den Reingewinn hätte er jedoch am Ende jedes Geschäftsjahres an die Niessbraucherin herauszugeben.

Dieses ist jedoch ein in jeder Weise, sowohl für den

Erben wie für die Niessbraucherin unbilliges Ergebnis, welches auch dem Erblasser nicht verborgen geblieben sein kann.

Denn es würde der Bruder, der Mühe und Zeit für die Verwaltung des Handelsgeschäftes opfert, nicht nur allein jährlich allen Reingewinn herauszugeben haben, sondern ihm würde auch die Haftung für die sich während der Verwaltung ergebenden Geschäftsschulden zufallen.

Wer aber den Gewinn aus einem Handelsgeschäft ziehen will, der mag auch Mühe und Risiko tragen. Siehe Hanausek.

Man könnte einwenden, der Erblasser habe die Lösung im Auge gehabt, sein Bruder solle einen Verwalter einsetzen, aber kann dieses die Niessbraucherin nicht ebensogut?

Der Erblasser hat jedenfalls seiner Witwe durch die Einkünfte des Handelsgeschäftes ihren Lebensunterhalt sichern wollen!

Wir werden daher fragen müssen: Wird dieser Zweck immer erreicht, wenn der Bruder das Handelsgeschäft führt?

Vom Reingewinn würde im Falle, dass der Bruder unfähig zur Verwaltung wäre oder keine Zeit hätte, schon das für einen Verwalter gebrauchte Gehalt in Abrechnung zu bringen sein, während die Witwe vielleicht diese Ausgabe ersparen könnte, indem sie das Handelsgeschäft selber leitete.

Denn in der Führung von Handelsgeschäften könnte die Frau ebenso bewandert sein wie der Mann.

Ausserdem könnte sie der Erbe sowohl unabsichtlich, z. B. wenn er untüchtig wäre, wie absichtlich — z. B. um ein Konkurrenzgeschäft zu heben — erheblich in ihren Einkünften schädigen.

Ferner ist zu erwägen:

„Der Geschäftsinhaber, also der Erbe, ist durch das belastende Niessbrauchsrecht an der Aufgebung des Ge-

schäftes nicht gehindert, da er nicht gezwungen werden kann, sein Vermögen, seine Kraft und Zeit einem Geschäft zu widmen, dessen Risiko er zu tragen hat, dessen Ertrag aber einem anderen zukommt.“ Hanausek, S. 157. Täte er dieses, so würde mit einem Schlage die Absicht des Erblassers, den Lebensunterhalt seiner Witwe aus dem Reingewinn zu sichern, vereitelt werden.

Im Falle der Veräusserung würde die Niessbraucherin den Niessbrauch am Kaufpreise, im Falle der Auflösung an den das Geschäftsinventar nach Abzug der Schulden ausmachenden Vermögensobjekten haben.

Wenn auch der Erbe in vorliegendem Falle verpflichtet wäre, jede Sorgfalt bei der Veräusserung anzuwenden, so würde in den meisten, fast in allen Fällen die Niessbraucherin doch eine Einbusse erleiden, während, wenn die Vermächtnisnehmerin das Geschäft fortführt, den Erben ein Nachteil nie treffen kann, da er nach § 1051 BGB. bei begründeter Besorgnis einer erheblichen Verletzung seiner Rechte Sicherheitsleistung verlangen kann. Ist der Niessbraucher hierzu rechtskräftig verurteilt, so kann der Erbe statt der Sicherheitsleistung nach § 1052 BGB. fordern, dass die Ausübung des Niessbrauchs für Rechnung des Niessbrauchers einem vom Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird, wenn eine vom Gericht dem Niessbraucher zur Sicherheitsleistung gesetzte Frist fruchtlos verstrichen ist.

Auch andere Mittel, wie Klage auf Unterlassung nach § 1053 BGB. und Einsetzung einer Verwaltung, wenn der Niessbraucher die Rechte des Eigentümers in erheblichem Masse verletzt und dieses Verhalten ungeachtet seiner Abmahnung fortsetzt (§ 1054 BGB.), stehen dem Erben zu Gebote.

Alle diese wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen wird auch der Erblasser angestellt haben und daher muss man annehmen, dass er seiner Witwe auch die Verwaltung habe zuerteilen wollen.

Sie hat demgemäss eine Klage ex testamento gegen den Erben auf ausdrückliche Einwilligung in die Führung des Handelsgeschäftes unter derselben Firma nach § 22 1 u. 2 HGB.

Mit der Rechtskraft des Urteils gilt diese Willenserklärung nach § 894 CPO. als abgegeben, wenn der Erbe ihr nicht freiwillig die Verwaltung einräumt.

Ein solcher Niessbrauch, bei dem dem Niessbraucher neben vollem Gewinnbezug auch die volle Verwaltung zugewandt ist, wird nach der richtigen in der Rechtswissenschaft zur Geltung gebrachten und gerichtlich bestätigten Auffassung als ein uneigentlicher behandelt.

Siehe Seuffert's Archiv 45 S. 109, Dernburg, Pr. Privatrecht I. 628 4, Hanausek, S. 158 § 28 am Ende. Beschluss des OLG. zu Dresden vom 24 Jan. 1888.

Diese Auffassung wird dem Wesen des Handelsgeschäftes dadurch gerecht, dass es dasselbe trotz aller Veränderungen in einzelnen Teilen in Folge des Handelsbetriebes als Vermögensgesamtheit auffasst; das Wesen des Niessbrauches wird hierbei gewahrt, der, obwohl er an einer Vermögensgesamtheit eingeräumt ist, doch nur dadurch wirksam werden kann, dass er unter Benutzung der Verbrauchbarkeit der für den Handel bestimmten Waren etc. den Gewinn erzielen soll, der den ökonomischen Wert des Niessbrauches bildet.

Man hat versucht, einen solchen Niessbrauch als ein mandatum in rem suam aufzufassen, so dass hier der Niessbraucher sich den Reingewinn aneignen würde, während die Schulden den Erben belasten würden.

Mit Recht setzt Hanausek diesem entgegen, dass, „wer in der Lage ist, durch die Verwaltung fremden Vermögens sich den Gewinn desselben anzueignen, auch das Risiko seiner geschäftlichen Unternehmungen tragen soll".

Dieses Resultat werde sehr einfach durch Quasiusufrukt erreicht.

Der Niessbraucher bekommt das Handelsgeschäft mit allen Aktiven und Passiven, wie er es zu Beginn des Niessbrauches vorfindet. Er kann demgemäss Übertragung der Geschäftsforderungen verlangen und kann sich als Inhaber des Handelsgeschäftes unter der bisherigen Firma eintragen lassen, ein Umstand, der für ihn von Wichtigkeit ist, weil mit der Eintragung im Handelsregister mancherlei Vorteile verbunden sind.

Wie jeder Erwerber eines Handelsgeschäftes übernimmt er dagegen die Haftung für die Schulden als Bestandteile des Handelsgeschäftes.

Diese Haftung des Erwerbers ist für ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft durch § 25 HGB., die Haftung des Erben durch § 27 HGB. genau normiert.

Da es sich in vorliegendem Falle um einen Vermächtnisnehmer handelt, so wird nach einstimmiger Ansicht der Rechtswissenschaft dasselbe Ergebnis durch analoge Anwendung des § 25 HGB. auf die Schuldenhaftung des das Handelsgeschäft fortführenden Vermächtnisnehmers zu erreichen sein.

Nach Beendigung des Niessbrauches ist das Handelsgeschäft zu einem Werte, der dem zur Zeit der Bestellung des Niessbrauches entspricht, zurückzugeben.

So ergibt sich, indem wir der Auslegung des Willens des Erblassers folgen, dass das Vermögen als Einheit, und zwar aus Aktiven und Passiven bestehend, aufgefasst werden muss.

Lebenslauf.

Ich, Johann Matthias Vorbeck, wurde am 28. Oktober 1878 zu Barendorf bei Dassow i. M. geboren. Von Michaelis 1892 bis Ostern 1898 besuchte ich das Katharineum zu Lübeck und erlangte hier im Winter 1898 das Reifezeugnis. Ostern 1898 bezog ich die Universität Heidelberg auf 3 Semester und setzte dann meine Studien in Rostock fort. Hier bestand ich am 14. Oktober 1902 die erste juristische Staatsprüfung und am 26. Februar 1903 die mündliche Doktorprüfung.

Meine Lehrer waren in Heidelberg Prof. Jellineck, Geh. Hofrat Bekker und Prof. Schroeder, in Rostock die Professoren Matthiass, Bernhöft, Lehmann, Wachenfeld, Sachsse, Geffcken und Binder.

Ich möchte nicht unterlassen, denselben an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.

Grevesmühlen, im September 1903.

Der Verfasser.